

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CULTURA
DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA ADPF
347/2015

PAULO GUILHERME MIRANDA BARBOSA

RIO DE JANEIRO
2017 / 2º Semestre

PAULO GUILHERME MIRANDA BARBOSA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CULTURA
DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA ADPF**

347/2015

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.

RIO DE JANEIRO

2017/ 2º Semestre

PAULO GUILHERME MIRANDA BARBOSA

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE À CULTURA
DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA ADPF**

347/2015

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do professor Dr. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2017/ 2º Semestre

AGRADECIMENTOS

Era verão de 2012 quando desembarquei na cidade do Rio de Janeiro com o objetivo de cursar História na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Em busca de novos horizontes, experiências e desafios, havia deixado para trás a minha terra natal, o Estado de Goiás, dando-lhe um “até logo”. Para a minha surpresa, já no primeiro semestre daquele ano, concluí que História não seria a carreira que desejava seguir profissionalmente, fato que me causou intensa frustração. Diante disso e sem perder muito tempo, decidi ingressar no curso de Ciências Econômicas no segundo semestre de 2012, também na UFRJ. Acontece que a vida nos reserva surpresas e, mais uma vez, não me adaptei à rotina da nova graduação.

Desolado, porém sem nunca abandonar a esperança em meu coração, resolvi pleitear, após profunda reflexão, uma vaga na prestigiada Faculdade Nacional de Direito. Com tal propósito em mente, não me restou alternativa senão retornar aos estudos de disciplinas do Ensino Médio a fim de prestar um novo vestibular, ao mesmo tempo em que, no curso de Economia, continuava a me debruçar sobre matérias como Álgebra Linear e Cálculo. Tratou-se, sem dúvida, de uma fase marcada por inegável grau de adversidade e elevado desgaste físico e mental. Mas, como disse, a vida nos separa coisas fascinantes e acaba por revelar, mais cedo ou mais tarde, aquilo que há de melhor, de modo que, no verão de 2013, obtive a tão sonhada aprovação no curso de Direito da UFRJ. Hoje, em retrospecto, vejo como valeu a pena os cinco anos de formação, assim como as decisões tomadas para alcançar o cobiçado diploma da Nacional. A caminhada até aqui fora indiscutivelmente árdua e espinhosa, embora completamente recompensadora.

Em especial, agradeço a minha mãe, Nádia de Queiroz Miranda, mulher guerreira e que, como professora, jamais mediu esforços para criar, educar e incentivar tanto eu quanto os meus três irmãos da melhor maneira possível. Devo a ela minha formação educacional e a minha trajetória existencial. Ao meu pai, Bruno Alves Barbosa (*in memoriam*), cuja perda prematura fez nascer em mim a necessidade incessante de harmonizar a forma de amar cada fragmento de nossa efêmera existência. Aos meus queridos irmãos: George Fernando, Carlos Gabriel e Marco Aurélio, pelo suporte e encorajamento de sempre. Aos três, o meu eterno agradecimento. Ao meu amor, Desirée Moschen, para quem devo parte do meu engrandecimento como ser humano. Muito obrigado por fazer parte da minha vida e estar sempre disposta a me apoiar no que for preciso. Sem você, nada disso seria plenamente possível de ser realizado. Aos meus sogros,

amigos e demais familiares, que dentro de suas possibilidades me deram ânimo e inspiração, que torceram por mim e apoiaram as minhas escolhas e decisões.

À Defensoria Pública da União, especificamente ao 16º Ofício Cível, instituição na qual tive a honra e o privilégio de estagiar por um período de dois anos. Na DPU, os meus valores foram inestimavelmente enriquecidos ao ter contato com a história de seres humanos tão esquecidos e subjugados pela sociedade e pelo Poder Público. Nesse ambiente singular, tive a oportunidade de compreender o próximo e de aprimorar a arte da empatia e do altruísmo.

Agradeço aos mestres da FND, que me instruíram com afinco e dedicação durante esses cinco anos de formação. Por fim e de forma bastante especial, agradeço ao meu orientador, professor Geraldo Prado, cuja maestria intelectual é reconhecidamente capaz de despertar em seus alunos e admiradores a fagulha de esperança em um país mais democrático e respeitador dos direitos humanos. Muito obrigado pela disposição para me orientar nessa pesquisa.

A todos vocês, devo a conquista deste diploma!

“O que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim terás o que colher”. (Cora Coralina, poeta goiana)

RESUMO

BARBOSA, Paulo. *Audiência de custódia como instrumento de combate à cultura do encarceramento no Brasil: uma abordagem à luz da ADPF 347/2015*. 2017. 77 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

O presente trabalho busca compreender o funcionamento, a sistemática e as finalidades da audiência de custódia, ao mesmo tempo em que procura analisar as suas conexões diretas e indiretas com o que o Supremo Tribunal Federal decidiu intitular de Estado de Coisas Inconstitucional – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015. Assim, a fim de traçar um paralelo entre as referidas matérias, será oportunamente examinada a decisão da Suprema Corte na respectiva ação, ocasião na qual, como dito, houve o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional e suas problemáticas, entre elas a questão da crise do sistema penitenciário brasileiro, sendo esta uma das imbricações em relação à audiência de custódia, a qual objetiva, entre outras coisas, restringir o uso abusivo e muitas vezes desnecessário da prisão provisória, bem como servir de instrumento de combate à cultura do encarceramento instalada no Brasil. Para tanto, pretende-se observar, inicialmente, a previsão da audiência de custódia nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, entre eles a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Também será feita referência à Resolução nº 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina e dispõe pormenorizadamente acerca da audiência de apresentação, bem como ao Projeto de Lei nº 554/2011, do Senado Federal, que visa a torná-la legalmente prevista no Código de Processo Penal. Almeja-se, em suma, averiguar a relação entre a audiência de custódia e a decisão emanada do STF nos autos da ADPF nº 347/2015, especialmente no tocante à cultura do superencarceramento e seu necessário e imediato enfrentamento, assim como à questão da trivialização da prisão provisória, tendo como supedâneo paradigmático princípios considerados basilares em um Estado Democrático de Direito, em especial o da dignidade da pessoa humana, cuja definição é por vezes volátil e imprecisa.

Palavras-chave: Audiência de Custódia; ADPF 347; Estado de Coisas Inconstitucional; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

BARBOSA, Paulo. *Audiência de custódia como instrumento de combate à cultura do encarceramento no Brasil: uma abordagem à luz da ADPF 347/2015*. 2017. 77 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2017.

The present work seeks to understand the functioning, the systematics and the purposes of the custody hearing, at the same time as it seeks to analyze its direct and indirect connections with what the Federal Supreme Court has ruled titled *Estado de Coisas Inconstitucional – ADPF 347/2015*. Thus, in order to draw a parallel between these matters, the decision of the Supreme Court will be examined in due course in the respective action, at which time, as said, there was recognition of the *Estado de Coisas Inconstitucional* and its problems, among them the question of the crisis of the Brazilian penitentiary system, which is one of the overlapping of the custody hearing, which aims, among other things, to restrict the abusive and often unnecessary use of the provisional arrest, as well as serve as an instrument to combat the culture of incarceration installed in the prison. Brazil. In order to do so, it is intended to observe, initially, the anticipation of the custody hearing in the international treaties to which Brazil is a signatory, among them the American Convention on Human Rights (Pact of São José da Costa Rica) and the International Covenant on Civil Rights and Politicians. Reference will also be made to Resolution No. 213/2015, of the National Council of Justice, which deals with and detail the custody hearing, as well as Bill No. 554/2011 of the Federal Senate, which aims to make it legally provided for in the Code of Criminal Procedure. It is hoped, in short, to ascertain the relationship between the custody hearing and the decision issued by the Supreme Court in ADPF no. 347/2015, especially regarding the culture of super-coercion and its necessary and immediate confrontation, as well as the question of trivialization of the provisional arrest, having as paradigmatic sub-principle principles considered basic in a Democratic State of Right, especially the dignity of the human person, whose definition is sometimes volatile and imprecise.

Keywords: custody hearing; estado de coisas inconstitucional; dignity of human person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.....	12
1.1 Definição, previsão normativa e objetivos	12
1.2 Funcionamento e sistemática da audiência de custódia – delineamento operacional	27
2 – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL.....	34
2.1 Surgimento do Estado de Coisas Inconstitucional	34
2.2 Relação entre Audiência de Custódia e Estado de Coisas Inconstitucional - ADPF 347/2015.....	37
3 – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL.....	44
3.1 A cultura do encarceramento no Brasil e os desafios para sua superação	44
3.2 Audiência de custódia como instrumento controlador do uso abusivo das prisões provisórias.....	45
- CONCLUSÃO.....	52
- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como mote analisar o funcionamento, a sistemática e as finalidades da audiência de custódia a partir de sua relação com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015, que trata do chamado estado de coisas inconstitucional e a questão da superlotação do sistema carcerário. Tal verificação será estudada sob o enfoque da cultura do encarceramento instaurada e arraigada no Brasil, que defende a prisão como único meio necessário para a solução de todos os problemas de violência e criminalidade hoje reinantes em nossa sociedade.

Neste contexto, a audiência de custódia serviria de instrumento de combate à banalização da prisão preventiva, atualmente com mais de 200 mil presos provisórios, segundo dados disponibilizados pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) do Conselho Nacional de Justiça¹. Sem dúvida, trata-se de uma iniciativa necessária para corrigir incongruências ainda existentes no processo penal brasileiro, além de auxiliar na consolidação de princípios de ordem constitucional, a teor da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do contraditório e ampla defesa.

No primeiro capítulo, busca-se conceituar a audiência de custódia, detalhar seu funcionamento e apresentar seus propósitos. Quanto à sua normatividade, cumpre salientar a previsão do referido instituto nos tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Ainda no capítulo introdutório, serão trazidos dados colhidos pelo CNJ referentes à audiência de custódia desde a sua implementação no ano de 2015.

Já no segundo capítulo, mostra-se necessário traçar um paralelo entre o instituto da audiência de custódia e o estado de coisas inconstitucional. Para tanto, relevante explicar o nascimento do ECI a partir do julgamento emanado da Corte Constitucional Colombiana acerca do tema e os efeitos da interpretação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao estado de coisas inconstitucional. Nessa seara, torna-se indispensável a análise da ADPF

¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em: 19 de set. 2017.

347/2015, julgada em medida cautelar pela nossa Corte Suprema, oportunidade em que se pleiteou o reconhecimento da figura do ECI relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a imediata adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Houve, a partir do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o recrudescimento de críticas, questionamentos e reflexões acerca da crise do sistema prisional brasileiro. Inegavelmente, uma das causas de tal desequilíbrio estrutural é o forte crescimento de retrocessos político-jurídicos, condição capaz de afetar e moldar até mesmo a cultura de um povo, neste caso específico a cultura do encarceramento, já substancialmente alimentada por “legislação simbólica” e assoberbada de populismo penal.

Nessa linha de pensamento, a necessidade de combate à cultura do aprisionamento por intermédio da audiência de custódia é o tema do terceiro e último capítulo deste trabalho monográfico. Trata-se de um mal já bastante disseminado no Brasil e, inclusive, promovido pelos veículos de comunicação de massa, o que se convencionou chamar, nas palavras de Guy Debord² e Rubens Casara³, de “espetacularização” do processo penal e os danos que ele causa aos direitos fundamentais e ao Estado Democrático de Direito, causando uma perene sensação de insegurança e de impunidade na sociedade.

Enfrentar esse ideal construído em torno do cárcere com a aplicação da audiência de apresentação é tarefa inafastável para compreender que a prisão, conforme previsão constitucional (CF, art. 5º, LXV, LXVI), é medida extrema que se emprega apenas nos casos expressos em lei e quando a hipótese não comportar nenhuma das medidas cautelares alternativas.

Não é despiciendo frisar que se propagou a ideia de que lugar de bandido é na cadeia, local para onde ele deve ir e permanecer, de preferência o máximo de tempo possível, de modo

² DEBORD, Guy. A Sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

³ CASARA, Rubens R R. Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

a afastar o “pária” da sociedade, mantendo-o apartado dos ditos “cidadãos de bem”. Um ledor engano. É exatamente neste cenário desalentador que a audiência de custódia se apresenta como mecanismo de suma importância para a queda na taxa de presos, sobretudo o contingente desproporcional de pessoas presas provisoriamente, podendo, em médio e longo prazos, servir de instrumento de remodelação de uma cultura pautada e forjada na massificação e valorização da prisão.

Por óbvio que a audiência de custódia, isoladamente, não será o único meio adequado e idôneo para a resolução de todos os problemas relacionados à crise do sistema carcerário, mas, seguramente, terá papel fundamental no reforço do compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos. Uma vez possibilitada à autoridade judiciária a apreciação de pronto da legalidade da prisão, garantido estará o respeito à dignidade humana do custodiado. Nesse sentido, a audiência de apresentação funciona como verdadeira prática restaurativa, sendo considerada uma relevantíssima iniciativa de acesso à jurisdição penal, tratando-se, assim, de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.

1 – A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

1.1 Definição, previsão normativa e objetivos

O conceito de custódia, segundo o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, se relaciona com o ato de guardar, de proteger.

De acordo com definição dada pelo Conselho Nacional de Justiça, a audiência de custódia consiste na garantia da rápida apresentação do autuado a um juiz nos casos de prisões em flagrante.

Trata-se de uma ação do CNJ mediante a qual o cidadão preso em flagrante é levado à presença de um juiz no prazo de 24 horas. Acompanhado de seu advogado ou de um defensor público, o autuado será ouvido, previamente, por um juiz, que decidirá sobre o relaxamento da prisão ou sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão. A ideia é que o acusado seja apresentado e entrevistado pelo juiz, em uma audiência em que serão ouvidas também as manifestações do Ministério Público, da Defensoria Pública ou do advogado do preso⁴.

Na prática penal, a audiência de custódia refere-se à condução do custodiado, sem demora, à presença de uma autoridade judicial que deverá, a partir do prévio contraditório estabelecido pelo Ministério Público e a Defesa, exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, assim como apreciar questões relativas à pessoa do cidadão conduzido, observando se há indícios da prática de maus tratos ou tortura (PAIVA, 2015, pág. 31).

² Informação disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>. Acesso em 15 de out. de 2017.

A audiência de custódia, também conhecida como audiência de apresentação, é o instrumento processual penal que tem o escopo de defender a liberdade pessoal e a dignidade do acusado, servindo a propósitos processuais, humanitários e de defesa de direitos fundamentais inerentes ao devido processo legal (LIRA, 2015).

Como se sabe, a apresentação célere do preso a um juiz resulta da aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos absorvidos pelo ordenamento pátrio com status supralegal, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, conforme assentado em precedentes do Supremo Tribunal Federal (RE nº 349.703 e 466.343 e Habeas Corpus nº. 87.585 e 92.566). A previsão normativa da referida garantia é encontrada, por exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual prevê em seu artigo 7.5:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (CADH, 1969).

no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que, em seu artigo 9.3, prescreve o seguinte:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença (PIDCP, 1966).

bem como na Convenção Europeia de Direitos Humanos, que, em seu artigo 5.3, preconiza:

Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea “c”, do presente artigo, deverá ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais (...) (CEDH, 1950).

Cumprе salientar que, no “considerando” da Resolução nº 213/2015, do CNJ, que dispõe sobre a audiência de custódia, há expressa referência aos artigos dos dois primeiros diplomas internacionais supracitados. Além disso, quanto às expressões “sem demora” ou “apresentado

imediatamente”, constantes do texto dos dispositivos retromencionados, consignou-se que o prazo seria de até 24 horas, a contar da prisão em flagrante, a fim de que o custodiado seja apresentado à autoridade judicial competente, salvo exceções justificáveis, como a prevista no § 5º. Vejamos o art. 1º da Resolução nº 213/2015, a seguir transcrito:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições legais e regimentais;

RESOLVE:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, **em até 24 horas da comunicação do flagrante**, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

§ 1º A comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial, que se dará por meio do encaminhamento do auto de prisão em flagrante, de acordo com as rotinas previstas em cada Estado da Federação, não supre a apresentação pessoal determinada no caput.

§ 2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais, ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal local que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista.

§ 3º No caso de prisão em flagrante delito da competência originária de Tribunal, a apresentação do preso poderá ser feita ao juiz que o Presidente do Tribunal ou Relator designar para esse fim.

§ 4º Estando a pessoa presa acometida de grave enfermidade, ou havendo circunstância comprovadamente excepcional que a impossibilite de ser apresentada ao juiz no prazo do caput, deverá ser assegurada a realização da audiência no local em que ela se encontre e, nos casos em que o deslocamento se mostre inviável, deverá ser providenciada a condução para a audiência de custódia imediatamente após restabelecida sua condição de saúde ou de apresentação.

§ 5º O CNJ, ouvidos os órgãos jurisdicionais locais, editará ato complementar a esta Resolução, regulamentando, em caráter excepcional, os prazos para apresentação à autoridade judicial da pessoa presa em Municípios ou sedes regionais a serem especificados, em que o juiz competente ou plantonista esteja impossibilitado de cumprir o prazo estabelecido no caput (Res. 213/2015, CNJ) (grifo nosso).

Hoje, sem embargo de haver certas resistências isoladas, não há maiores controvérsias sobre a constitucionalidade da audiência de custódia. Precedentes do Supremo Tribunal Federal — a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5240 — são contundentes e assinalam que é dever do Poder Judiciário brasileiro realizar a audiência de custódia de forma célere.

O Egrégio Supremo Tribunal Federal conheceu por maioria a ADI nº 5240 e, no mérito, acompanhou os argumentos lançados pela Procuradoria Geral da República pelo não conhecimento. Nesse sentido, seguem, respectivamente, manifestação processual da PGR e decisão exarada pelo Ministro Relator Luiz Fux na referida ação, aforada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL), na qual se questionou a constitucionalidade do

Provimento Conjunto nº 3, de 2015, do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que introduziu as audiências de custódia no âmbito daquele Tribunal, sob o fundamento de que, ao regulamentar matéria de direito penal e processual penal, o ato impugnado ofendia competência privativa reservada à União:

O Provimento Conjunto 3/2015 visa apenas a regulamentar tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, que passaram pela apreciação e aprovação do Congresso Nacional e da Presidência da República. A realização da audiência de custódia, portanto, é norma de nível legal vigente e (ao menos potencialmente) eficaz no Direito brasileiro. Não foi o provimento atacado que inovou no ordenamento jurídico. Conforme assinalou a Advocacia-Geral da União, a Presidência e a Corregedoria-Geral da Justiça do TJSP atuaram de acordo com a autonomia conferida pela Constituição da República aos tribunais para dispor sobre competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (art. 96, I, a, da CR). A realização de audiência de custódia, com apresentação de pessoa presa até 24 horas após a prisão e participação do Ministério Público, da Defensoria Pública (quando necessário) e de advogado, é prática salutar no contexto do sistema criminal e da segurança pública brasileira e possibilita tratamento humanizado do preso, de acordo com a metanorma da dignidade do ser humano. Cumpre, ademais, compromisso internacional antigo do país, que até hoje não foi honrado pelas instituições do sistema de justiça⁵.

E conforme decisão do Ministro Relator Luiz Fux:

(...) Por outro lado, o provimento também não regula normas de direito processual e nem viola a cláusula de separação de poderes. Ele estabelece, à luz do art. 96, da Constituição Federal, a autogestão do Tribunal. Ele promove a autogestão do Tribunal. E aí não há, evidentemente, que a portaria já foi, é do conhecimento de todos, ela estabelece como os juízes devem proceder, incumbe a unidade vinculada ao juiz competente preparar o auto. Enfim, são atos de autogestão do próprio Tribunal, assim como o Tribunal cria comarcas por iniciativa sua, cria órgãos judiciários. (...) Eu concluo que da simples leitura das normas colacionadas, evidencia-se o seu caráter exclusivamente administrativo, dispondo o Tribunal do exercício de sua autogestão sobre a organização e funcionamento dos seus órgãos judiciais. E por outro lado, a ação declaratória é inadmissível, mas mesmo assim se mantém a higidez dessas audiências de custódia porque elas têm base supralegal e base legal (...). Os arts. 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre os Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e a sistemática dispensável ao seu fiel cumprimento.

⁵ Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-pgr-audiencia-custodia.pdf>>. Acesso em: 18 de out. 2017.

Sendo assim, não se observando a exorbitância das aludidas normas em relação à lei, que é o seu fundamento de validade, não se abre possibilidade do controle de constitucionalidade. Quanto aos arts. 2º, 4º, 8º, 9º, 10º e 11 do provimento, eu registro que eles veiculam comandos de mera organização administrativa interna do TJSP, no exercício da prerrogativa que lhe é outorgada pelo art. 96, I, a), da Constituição Federal. Daí decorre que, sendo normas que ostentam fundamento de validade situado diretamente da Constituição Federal, é possível o seu controle pela via de ação direta. Então aqui eu admito a ação direta, mas entendo que ela não se sustenta sob o ângulo de vício formal ou de vício material. Os princípios da legalidade e da reserva de lei federal em matéria processual foram observados pelo ato normativo impugnado. Como visto, o Provimento Conjunto não inova a ordem jurídica, mas apenas explicita conteúdo normativo já existentes em diversas normas de Código de Processo Penal, recepcionada pela CF/88 como lei federal de conteúdo processual, e da Convenção Americana dos Direitos do Homem reconhecida pela jurisprudência do STF como norma de status jurídico supralegal(...). (Transcrição parcial do voto apresentado pelo eminente Relator, na Sessão Plenária do dia 20 de agosto de 2015).⁶

Interessante notar que a audiência de custódia, além de ter sido impugnada pela ADI nº 5240/SP, também foi objeto de questionamento por meio do Controle de Procedimento Administrativo nº 0000006-75.2016.2.00.0000, perante o CNJ, e pela Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 5448/DF, no Supremo Tribunal Federal, tendo sido ambas as medidas movidas pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES, sob a justificativa de que a Resolução nº 213/2015 do CNJ seria formalmente inconstitucional. Com relação ao primeiro questionamento, o Conselheiro Relator Fabiano Silveira, do CNJ, registrou que:

Ao disciplinar as “audiências de custódia” em âmbito nacional, além de traçar diretrizes ao Poder Judiciário para o aperfeiçoamento das garantias que revestem o ato de prisão de uma pessoa, o CNJ apenas deu impulso administrativo, uniformidade e contornos práticos ao disposto no art. 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, e ao art. 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Não foi o CNJ, pois, que fixou a obrigação de que o preso seja, sem demora, levado à presença de um juiz. Partindo de uma premissa normativa de caráter supralegal e dotada de

⁶ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/cnj-nega-pedido-anamages-mantem-norma.pdf>>. Acesso em: 18 de out. 2017.

eficácia plena, coube ao CNJ tão somente conferir concretude, do ponto de vista administrativo, à garantia fixada nos supracitados instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Não prospera, assim, data vênua, o argumento de invasão de competência legislativa do Congresso Nacional. Todos os esforços do CNJ foram no sentido de ajustar as balizas administrativas dos Tribunais de tal maneira a superar uma histórica e injustificável omissão. De igual modo, é preciso esclarecer que a Resolução nº 213, de 2015, do CNJ, não é fruto de atropelo ou improviso. Ao contrário. O seu texto resulta de um vasto campo de observação e experimentação, na medida em que o CNJ visitou todos os Estados da Federação discutindo com cada Tribunal a melhor forma de implantação das audiências de custódia. Antes de regulamentar, o CNJ cercou-se, pois, de todos os cuidados. Por isso é possível dizer que o modelo acolhido na referida resolução reúne contribuições de diversos órgãos do Poder Judiciário (Controle de Procedimento Administrativo nº 0000006-75.2016.2.00.0000).

Já no tocante à ADI, a parte autora defendeu a existência de legitimidade para propô-la, ao fundamento de que o ato normativo questionado tem efeitos diretos na jurisdição dos juízes estaduais. Para a ANAMAGES, a ação seria cabível diante do caráter normativo abstrato da Resolução nº 213/2015. No mérito, sustentou a ocorrência de inconstitucionalidade formal, por usurpação da competência privativa do Congresso Nacional para dispor sobre matéria processual penal (art. 22, inciso I, da Constituição Federal). Contudo, o Ministro Relator Dias Toffoli negou seguimento à ação, sob o argumento da ausência de legitimidade ativa da entidade requerente, uma vez que a jurisprudência da Corte não tem admitido a legitimidade ativa de associação que representa apenas fração ou parcela da categoria profissional, quando o ato impugnado repercute sobre a esfera jurídica de toda uma classe.

De qualquer maneira, anteriormente à implementação da audiência de custódia pela Resolução nº 213/2015, conforme determinação do art. 306, § 1º, do CPP⁷, alterada pela Lei nº 12.403/2011, apenas os documentos do inquérito deviam ser apresentados ao juiz no prazo de 24 horas, não havendo menção à apresentação do indiciado à autoridade judicial. Com efeito, o encargo atribuído ao magistrado consistia somente em avaliar a legalidade e a necessidade da

⁷ Art. 306, § 1º, CPP. Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

prisão a partir do auto de prisão em flagrante (APF) e, então, decidir sobre a medida a ser adotada em relação ao preso, que poderia ser no sentido de soltá-lo, de impor-lhe medida cautelar diversa, ou, quando menos, para verificar pessoalmente questões personalíssimas de saúde ou de abusos cometidos pelo Estado no momento da segregação. Tudo baseado unicamente nos documentos fornecidos pela polícia judiciária, sendo diferida, deste modo, a apresentação pessoal do autuado.

Com relação à expressão “juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais”, contida na redação dos diplomas internacionais referenciados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos a interpreta em conjunto com a noção de juiz ou Tribunal prevista no art. 8.1 da CADH, que estabelece que:

“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Fácil perceber, portanto, a partir da jurisprudência da Corte IDH, que juiz ou autoridade habilitada a exercer função judicial somente pode ser o funcionário público incumbido da jurisdição, que, na grande maioria dos países (a exemplo do Brasil), é o magistrado⁸.

Outro ponto que merece destaque é o grande atraso do Brasil na implementação da audiência de custódia, ainda que houvesse antiga previsão do aludido procedimento na Convenção Americana de Direitos Humanos, diploma internacional do qual o Estado brasileiro é signatário desde 1992, situação capaz de configurar, sem sombra de dúvida, um frontal desrespeito às normas internacionais. Para se ter uma ideia, diversos países da América Latina, tais como Chile, Argentina, Uruguai e México, por exemplo, já dispunham há tempos acerca da apresentação do preso à autoridade competente, quase todos no prazo médio de até 24 horas.

⁸ PAIVA, Caio; LOPES JR., Aury. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Em Revista Liberdades, publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), nº 17 – setembro/dezembro de 2014, disponível em http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=209. Acessado no dia 23/10/2017.

Oportuno registrar, aliás, que a audiência de custódia está prevista nas leis internas de pelo menos 27 dos 35 estados que pertencem à Organização dos Estados Americanos (OEA), conforme estudo produzido pela Clínica Internacional de Direitos Humanos da Universidade Harvard, nos EUA⁹.

Nada obstante a previsão normativa da audiência de custódia nos tratados internacionais trazidos à baila no presente capítulo, e tendo em vista o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da supralegalidade de tais normas em nosso ordenamento interno, a discussão sobre a implantação da audiência de custódia no processo penal brasileiro é ainda considerada relativamente recente. A iniciativa para aprovação de uma legislação tratando dessa medida deu-se com o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 554/2011, de autoria do Senador Antônio Carlos Valadares (PSB-SE), propondo a alteração do § 1º do artigo 306 do CPP, a fim de instituir a audiência de custódia em até 24 horas após a prisão em flagrante, com a seguinte redação:

Art. 306. [...] § 1º. No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Durante a tramitação na Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa (CDH), o referido projeto recebeu diversas emendas, tendo sido recentemente aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), com a atual redação:

Art. 2º O art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente pelo delegado de polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante ao juiz competente, ao Ministério Público e à Defensoria Pública quando não houver advogado habilitado nos autos, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado pelo delegado de polícia ao juiz competente e ao Ministério Público o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública respectiva.

⁹ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-07/audiencia-custodia-constam-leis-27-paises-oea>>. Acesso em 17 de out. de 2017.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pelo delegado de polícia, com o motivo da prisão, capitulação jurídica, o nome do condutor e os das testemunhas.

§ 3º Imediatamente após a lavratura do auto de prisão em flagrante, diante da ocorrência de suposta violação aos direitos fundamentais da pessoa presa, o delegado de polícia em despacho fundamentado determinará a adoção das medidas cabíveis para a preservação da integridade do preso, além de determinar a apuração das violações apontadas, instaurando de imediato inquérito policial para apuração dos fatos, requisitando a realização de perícias, exames complementares, também determinando a busca de outros meios de prova cabíveis.

§ 4º No prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art. 310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judiciária tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação.

§ 5º Na audiência de custódia de que trata o parágrafo quarto, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa à prisão, em seguida, ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art. 310.

§ 6º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado.

§ 7º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou, se não tiver ou não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderão inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo sexto, bem como se manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art. 310. § 8º Na impossibilidade, devidamente certificada e comprovada, da autoridade judiciária realizar a inquirição do preso quando da sua apresentação, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia, por meio de seus agentes, tomará recibo do sequestrado judiciário responsável, determinando a juntada nos autos neste último caso, retornando com o preso e comunicando o fato de imediato ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 9º Tendo em vista a necessidade de garantir os direitos fundamentais da pessoa presa, a audiência de custódia deverá ser obrigatoriamente realizada no primeiro dia útil subsequente, devendo a autoridade custodiante, sob pena de responsabilidade, reapresentá-lo na data indicada.

§ 10 Nos casos de crimes de competência da Polícia Federal, quando o município do local da lavratura do flagrante delito não coincidir com sede da Justiça Federal, a autoridade custodiante ou o delegado de polícia federal deverá determinar a seus agentes que conduza o preso ao Juízo de Direito do local da lavratura da peça flagrantial no prazo máximo de vinte e quatro horas, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.”

Em resumo, o PLS 554/2011 altera o Código de Processo Penal para estabelecer que o preso tem o direito de ser assistido por defensor, público ou particular, durante seu interrogatório policial, podendo-lhe ser nomeado defensor dativo pela autoridade da polícia. O texto também determina que o preso terá direito a passar pelo exame de corpo de delito. Segundo a relatora, senadora Simone Tebet (PMDB-MS), esse tipo de exame permite conferir a integridade física do preso após a prisão em flagrante, medida que pode desestimular a prática

de agressões e tortura por policiais que efetuam a prisão ou que guardam o preso no curso do inquérito policial¹⁰.

Uma emenda apresentada pelo senador Lindbergh Farias (PT-RJ) assegura que, antes da apresentação do preso ao juiz, será assegurado seu atendimento prévio por advogado ou defensor público, em local reservado, visando a garantia da confidencialidade. Outra emenda de Lindbergh veda a presença, durante a audiência de custódia, dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação. Segundo o senador, a presença desses policiais intimida e constrange o preso no momento de seu depoimento acerca das circunstâncias da prisão.

Conforme já transcrito, o texto estipula prazo máximo de 24 horas para que um preso em flagrante seja levado diante de um juiz. Nessa audiência de custódia, o magistrado decidirá sobre a manutenção da prisão, ouvida a defesa e o Ministério Público. Se a audiência de custódia não ocorrer no prazo previsto, o fato deverá ser comunicado à defesa, à acusação e ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Uma emenda apresentada em Plenário, no entanto, estabelece que o prazo para a apresentação do preso perante o juiz competente poderá ser estendido para até 72 horas, no máximo, mediante decisão judicial fundamentada, se houver dificuldades operacionais da autoridade policial.

Em 06/12/2017, o Senado Federal remeteu o PLS 554/2011 à Câmara dos Deputados para a devida tramitação.

Somente a título de curiosidade, vale destacar que, desde 1965, o Código Eleitoral brasileiro já prevê uma espécie de audiência de custódia. Referida hipótese ocorrerá para os cidadãos que forem presos no período entre cinco dias antes e até quarenta e oito horas após o encerramento da eleição¹¹. Tal ato configura uma audiência de custódia em função de a autoridade judicial realizar um juízo de valor acerca da legalidade e da necessidade de uma

¹⁰ Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/30/senado-aprova-regulamentacao-de-audiencia-de-custodia>>. Acesso em 22 de out. de 2017.

¹¹ Art. 236. [...] § 2º. Ocorrendo qualquer prisão o preso será imediatamente conduzido à presença do juiz que, se verificar a ilegalidade da detenção, a relaxará e promoverá a responsabilidade do coator.

eventual prisão, assim como exercer um controle protetivo do direito à integridade física do cidadão conduzido¹².

Importante dizer que também há menção à audiência de apresentação no art. 287 do CPP¹³, ocorre que, em relação a esse ponto em especial, não se trata exatamente de uma audiência de custódia, mas, antes, de uma “audiência de apresentação”, uma vez que, no que tange à finalidade, esta é menos ampla que aquela, eis que se limita a provar para o conduzido que contra ele havia sido expedido um mandado de prisão.

De qualquer maneira, é preciso ter em mente que, segundo Paiva (2015), a conceituação da audiência de custódia está diretamente relacionada à sua *finalidade*, tendo como um de seus objetivos primaciais o ato servir de instrumento indispensável ao necessário e imediato *controle judicial* da prisão, de modo que não possa ser confundida com a mera “audiência de apresentação”.

Deste modo, o conceito atribuído à audiência de custódia guarda relação direta com as finalidades a que se propõe, sendo a principal e mais elementar delas a de ajustar o processo penal brasileiro aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, porquanto seria inócuo o instituto caso não fosse devidamente observado o seu cumprimento. Outra finalidade da audiência de custódia consiste, tal como preceitua o art. 5.2 da CADH¹⁴, na prevenção à tortura policial, visando a assegurar a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade e a de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias (PAIVA, 2015).

¹² Disponível em <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/03/03/na-serie-audiencia-de-custodia-conceito-previsao-normativa-e-finalidades/#_ftn3>. Acesso em 16 de out. de 2017.

¹³ Art. 287, CPP. Se a ação for inafiançável, a falta de apresentação do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

¹⁴ Art. 5.2, CADH. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inc. III, determina que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, sendo tal garantia um manifesto respeito à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental insculpido no art. 1º, inc. III, da Carta Magna. Nesse sentido, a Lei nº 9.455/1997 traz a definição do crime de tortura¹⁵. Devendo apenas lembrar que inquinada de ilegalidade estará a conduta da autoridade policial que proceder a qualquer tipo de abuso no momento da prisão em flagrante (Lei nº 4.898/1965). No que diz respeito a essa temática, vale transcrever o seguinte excerto:

"Abuso" será qualquer atentado aos direitos e garantias individuais realizado sem estar de acordo com a legislação, seja pelo excesso praticado em uma ação, ou pelos meios empregados. Assim, a condução de um preso em flagrante algemado não configurará, em princípio, o abuso. Ocorrerá, entretanto, se o preso vier amarrado pelo pescoço, ou atado a outros pela cintura com o objetivo de reduzi-los a condição semelhante à de animais. Ainda a "revista" procedida por policiais em blitz ou ao entrar-se em presídios ou cadeias públicas, se realizadas com toque em partes íntimas ou com objetivo de constranger a vítima, são abusivas. Também o espancamento, a humilhação e a prisão sem justa causa configuram abusos, carecendo da aplicação dos meios jurídicos adequados¹⁶.

Nessa esteira, conforme já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a apresentação imediata ao juiz é essencial para a proteção do direito à liberdade pessoal e para outorgar proteção a outros direitos, como a vida e a integridade pessoal. O simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e apresentar sua declaração ante o juiz ou autoridade competente¹⁷.

¹⁵ Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

¹⁶ Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/br/rj/cart_violpol.htm>. Acesso em 25 de out. de 2017.

¹⁷ Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Equador. Fundo, reparações e custas. Sentença proferida em 24/06/2005, § 78.

Ainda no que tange a essa segunda finalidade, de atuação na prevenção da tortura, cumpre reproduzir recomendação dada em relatório final elaborado pela Comissão Nacional da Verdade, a qual prevê:

A criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia da apresentação pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), à qual o Brasil se vinculou em 1992.

Outrossim, de acordo com tirocínio de WEIS e JUNQUEIRA:

Se a oitiva do preso pelo juiz, sem demora, pode significar a redução dos casos de tortura, ao legislador cabe inequivocamente implementar tal regra, sem o que, por sua omissão, estará violando a norma da Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (...) (WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz. In: Revista dos Tribunais, vol. 921/2012, p. 331-355, 2012, acesso eletrônico).

Insta salientar que, desde 1991, o Estado brasileiro é membro da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, sendo este um importante diploma internacional na defesa e preservação da dignidade da pessoa humana e de outros direitos fundamentais. Para os fins da referida Convenção, o termo tortura:

Artigo 1

1. [...] designa qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de se obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissão; de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir ela ou uma terceira pessoa; ou por qualquer razão baseada em discriminação de qualquer espécie, quando tal dor ou sofrimento é imposto por um funcionário público ou por outra pessoa atuando no exercício de funções públicas, ou ainda por instigação dele ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência, inerentes ou decorrentes de sanções legítimas.

É inegável que a cultura da tortura é histórica e ainda impera de maneira contundente no Brasil, de tal forma que atinge e corrompe inclusive aqueles que deveriam ser responsáveis pela manutenção e vigilância da integridade físico-psíquica do preso/custodiado, isto é, os próprios agentes de segurança pública, sejam eles delegados, polícias, agentes penitenciários etc. A consequência lógica disso tudo é uma frontal violação a princípios de ordem constitucional,

dentre os quais o da dignidade da pessoa humana, sendo este, por sinal, de conceituação carregada de volatilidade e imprecisão.

A despeito da ausência de precisão terminológica em relação à expressão dignidade da pessoa humana, escreve Anderson Schreiber:

Poucas noções apresentam contornos tão fluidos. Sua longa trajetória filosófica não é unívoca, mas gravita sempre em torno da mesma ideia: a de que a espécie humana possui uma qualidade própria, que a torna merecedora de uma estima (*dignus*) única ou diferenciada. A dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, sendo frequentemente apresentado como o valor próprio que identifica o ser humano como tal. Seu conceito pode ser formulado nos seguintes termos: **a dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais do desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural.** (Schreiber, 2014) (grifo nosso).

Ainda sobre a tortura, André de Carvalho Ramos identifica os seguintes motivos para a sua persistência no período democrático:

(i) resistência institucional no âmbito dos órgãos do Poder Executivo tanto em admitir a tortura como prática corriqueira quanto em investigar ou reportar colegas da carreira policial ou penitenciária; (ii) falta de meios materiais e amparo normativo indiscutível à investigação independente distinta da feita pelo corpo policial, fruto da resistência ao estabelecimento de pleno poder de investigação a ante externo ao corpo policial, que vai além da própria visão corporativa da Polícia, como se vê na postura de parte expressiva da Ordem dos Advogados do Brasil ou de institutos vinculados à advocacia criminal favoráveis ao monopólio da investigação criminal pela polícia. Essa defesa do monopólio investigativo policial (mesmo em casos de tortura) ficou evidente no episódio da rejeição da PEC 37, que expressamente concedia o monopólio do poder de investigação à polícia, mas foi derrubada após ser amplamente criticada nas manifestações de rua de junho de 2013. Até hoje o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em que pesem os votos favoráveis de alguns Ministros, ainda não se posicionou a favor do poder investigatório do Ministério Público; (iii) impunidade dos agentes públicos envolvidos em casos de tortura (policiais, agentes penitenciários), devido à falta de investigação bem sucedida (vide o item ‘i’ e ‘ii’ acima), gerando círculo vicioso de estímulo à prática; (iv) subnotificação dos casos, gerado pelo medo das vítimas ou familiares de noticiar tortura, o que é reforçado pela falta de confiança na rápida punição ou afastamento dos envolvidos; (v) discurso persistente em certos setores políticos e do eleitorado no qual a prática da tortura é meio eficaz de investigação policial (para obter ‘confissão’) ou resposta proporcional a práticas criminosas dos presos (castigo); (vi) falta de rompimento com o passado ditatorial, em face da ausência do afastamento dos agentes torturadores do regime militar, mantendo acesa a tradição de violência contra a pessoa detida. (RAMOS, André de Carvalho. Combate à tortura nos 25 anos da Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.). Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. São Paulo: RT, 2014, p. 204-205)

Nessa seara, a audiência de custódia serve de instrumento de combate à tortura e ao tratamento cruel, desumano e degradante. Obviamente, contudo, que não se pode esperar que, sozinha, elimine a tortura policial, uma prática que, segundo Paiva, não apenas atravessou todo o período ditatorial, mas continua presente na democracia pós-Constituição Federal de 1988, agindo como uma espécie de “sistema penal subterrâneo” (ZAFFARONI & BATISTA, 2006, p. 52-53), aprovada por considerável parte da opinião pública e de agentes de segurança. Apesar disso, a medida pode contribuir para a redução da tortura policial num dos momentos mais cruciais para a integridade física do cidadão, o qual corresponde às primeiras horas após a prisão, quando o cidadão fica absolutamente fora de custódia, sem proteção alguma diante de (provável) violência policial.

Nas palavras do desembargador Siro Darlan, “Não é incomum a ocorrência de abusos policiais, essa apresentação servirá para que a autoridade judiciária constate a correta identidade da pessoa presa, dar-lhe ciência dos motivos que determinaram sua segregação, a colheita de informações sobre os fatos que geraram essa medida extrema, e diante disso, ouvidos o Ministério Público e a Defesa, decidir sobre a manutenção ou não da prisão, evitando-se desse modo aprisionamentos desnecessários”¹⁸.

Diante do retratado, é imperiosa a imediata apresentação do custodiado a uma autoridade judicial, para assim evitar qualquer espécie de tratamento cruel e desumano por parte dos agentes públicos. Assim, protege-se sobremaneira a integridade físico-psíquica do suspeito, tendo em vista que um dos momentos mais cruciais, senão o de maior importância, para a prevenção da tortura corresponde às primeiras horas em que a pessoa é privada de sua liberdade de locomoção, ficando à mercê dos agentes estatais responsáveis pela segurança pública. As audiências de custódia permitem, portanto, conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura.

Para o relator da ONU contra a tortura, o argentino Juan Méndez: “A tortura e os maus-tratos por parte da polícia e dos agentes penitenciários segue sendo um fato alarmante e de

¹⁸ Disponível em <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2015/02/27/audiencia-de-custodia-um-direito-a-ser-respeitado/>>. Acesso em 29 de out. de 2017.

ocorrência regular, principalmente contra pessoas que pertencem a minorias raciais, sexuais, de gênero e outros grupos minoritários”¹⁹. Além disso, de acordo com o Relatório “Julgando a tortura: análise de jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil”, da Comissão Estadual da Verdade Rubens Paiva, com base em estudo de 455 acórdãos dos tribunais de segunda instância de todo o País, constatou-se que o sudeste aparece como a região onde mais se pratica a tortura, com 41%, seguida da região sul, 23%, nordeste, 19% e norte, 7%²⁰.

De acordo com a organização não governamental Human Rights Watch, as audiências permitem que os juízes identifiquem sinais de tortura ou maus-tratos aos detidos, um grave e persistente problema no Brasil. No Rio de Janeiro, por exemplo, quase 20% das pessoas que tiveram uma audiência de custódia durante o primeiro mês de funcionamento do programa relataram ter sofrido violência policial, conforme levantamento da Defensoria Pública do Estado.

Ante tal cenário de absoluto desrespeito aos direitos mais elementares, a audiência de custódia mostra-se útil no combate às prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias, servindo de instrumento para identificar os casos mais graves de violação aos direitos humanos. Além do mais, funciona como mecanismo para a prevenção de desaparecimentos forçados e de execuções sumárias (PAIVA, 2015, p. 40). Assim, a audiência de custódia pode ser considerada como uma relevantíssima hipótese de acesso à jurisdição penal, tratando-se, em suma, de uma das garantias da liberdade pessoal que se traduz em obrigações positivas a cargo do Estado.

1.2 Funcionamento e sistemática da audiência de custódia – delineamento operacional

Como já anteriormente esmiuçado, uma das principais finalidades da audiência de custódia é, indubitavelmente, assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do Estado. É garantida a presença física do autuado em

¹⁹ *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil.* Disponível em <<http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/G160141RelatorioTorturaVisitaBR2015.pdf>>.

²⁰ Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=361669>>. Acesso em 30 de out. de 2017.

flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, são evitadas prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros.

Diante de tal conjuntura, mostra-se pertinente conhecer o funcionamento e a sistemática da audiência de apresentação, ou seja, o seu delineamento operacional, constituindo aspecto relevante para o seu entendimento. Outrossim, abre-se a possibilidade de destacar a atuação de cada um dos personagens do instituto, bem como as nuances relacionadas ao tema.

Conforme trâmite estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça (Resolução nº 213/2015), haverá, em um primeiro momento, após a lavratura do auto de prisão em flagrante e em um prazo de até 24 horas, o encaminhamento da pessoa presa, juntamente com o APF, ao local da realização da audiência, de acordo com rotinas introduzidas pelo Estado. Um segundo passo consubstancia-se na apresentação do preso em Juízo, devendo ser realizada conjuntamente com o protocolo e distribuição do auto de prisão em flagrante e respectiva nota de culpa [assinada pelo Delegado de Polícia, devidamente entregue, contra recibo, ao autuado], dela constando o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas do flagrante, perante a secretaria eventualmente criada para operacionalizar o ato, de acordo com regramentos locais.

Uma terceira etapa consiste na digitalização do APF, não sendo possível sua utilização como meio de prova contra o autuado. Também será anexado ao relatório a Folha de Antecedentes Criminais, que, por sua vez, será repassada para consulta ao Juiz, Defensoria Pública, Advogado e Ministério Público, sempre antes da audiência. Em seguida, em um quarto ciclo, haverá o deslocamento da pessoa presa em flagrante até o local onde ocorrerá a audiência e, caso seja mantida a prisão, para alguma unidade prisional específica, sendo responsável pelo transporte a Secretaria de Administração Penitenciária ou a Secretaria de Segurança Pública local.

Apenas ressaltando que, antes mesmo da audiência, o autuado deverá ser submetido a exame clínico e de corpo de delito e, de preferência, nas dependências do Fórum, caso tenha havido eventual violência física ou psíquica em decorrência da prisão. Se o custodiado

constituir Advogado, este deverá ser intimado pelo próprio Delegado de Polícia responsável pela lavratura do auto de prisão em flagrante. Não havendo defensor constituído, o autuado será amparado pela Defensoria Pública.

Antes da apresentação do custodiado ao juiz, será assegurado o prévio contato dele com seu Advogado ou Defensor Público, sendo esclarecido por funcionário credenciado os motivos, fundamentos e ritos que versam o ato que circunscreve a audiência. Nesta, o juiz ouvirá, em primeiro lugar, o Ministério Público, que poderá, caso julgue necessário, requerer o relaxamento da prisão em flagrante, a aplicação de medida cautelar diversa da prisão ou a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva.

Em seguida, o magistrado entrevistará o custodiado, dando-lhe ciência de seus direitos, indagando-o acerca de eventuais maus-tratos sofridos em decorrência da prisão, além de informá-lo a respeito do crime contra ele imputado e das provas existentes em seu desfavor. Após, será dada oportunidade para manifestação da defesa técnica. Por fim, o Juiz decidirá, fundamentadamente, nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal.

Ou seja, depreende-se que tanto Ministério Público como defesa devem sustentar as razões pelas quais a constrição cautelar deve ou não ser mantida. Dessa forma, em razão da reserva de jurisdição, além do Juiz, devem participar Ministério Público e defesa (LOPES Jr. & ROSA, 2015).

A oitiva do(a) custodiado(a) será realizada visando a alcançar elementos pessoais relacionados à legalidade, à necessidade e à adequação da continuidade da prisão ou para a concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares, além de averiguar, como anteriormente dito, a ocorrência de tortura ou de maus-tratos, sem prejuízo de outras irregularidades. Para tanto, o Juiz determinará, se for o caso, a apuração dos indícios de tortura e maus-tratos de que tome conhecimento, ao mesmo tempo em que deverá tomar medidas necessárias à proteção de qualquer tipo de intimidação a que possa estar exposto a vítima de maus-tratos, as testemunhas ou os familiares.

Durante a entrevista do custodiado, é vedada a sua inquirição a respeito do mérito da conduta ilícita que lhe seja atribuída, devendo-se evitar o registro de qualquer informação

acerca de tal fato. Outrossim, o Juiz deverá averiguar, por perguntas e visualmente, casos de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa, doença grave ou dependência química, com o objetivo de analisar o cabimento de eventual prisão domiciliar ou o encaminhamento assistencial. Além disso, toda a entrevista será registrada em mídia, ficando arquivada na secretaria criada para operacionalizar o ato.

Para (PAIVA, 2017), numa mudança de pensamento em relação à primeira edição de seu livro “Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro” (Empório do Direito, 2015), é possível a colheita de provas na audiência de custódia, as quais poderão ser posteriormente usadas no processo, indo, portanto, além da simples análise das circunstâncias objetivas da prisão e subjetivas sobre a pessoa presa. Segundo Caio Paiva, em que pese vozes dissonantes no âmbito doutrinário, os dois argumentos costumeiramente invocados para justificar a proibição de atividade probatória na audiência de custódia parecem equivocados, quais sejam: (I) o retrocesso causado pela antecipação do interrogatório; e (II) a inexistência de contraditório na fase de investigação. Nas palavras do autor:

Quanto ao primeiro argumento, o perigo que ele pretende evitar é apenas aparente. Não há dúvida de que a alteração procedimental promovida pela Lei 11.719/2008, com a colocação do interrogatório como sendo o último ato de instrução (artigo 400, caput, do CPP), representou um avanço e trouxe um benefício para o acusado, que agora exercita o seu direito à defesa pessoal após ter conhecimento de toda a atividade probatória desenvolvida no processo, em especial do depoimento prestado pelas testemunhas arroladas pela acusação e pela vítima. No entanto, em nada prejudica esse cenário o fato de se permitir a atividade probatória na audiência de custódia, seja porque a pessoa presa será orientada pela sua defesa técnica (privada, por meio de advogado, ou pública, pela Defensoria) e cientificada pelo juiz do seu direito ao silêncio, seja — principalmente — porque este interrogatório naturalmente estará limitado àquele contexto da flagrância, em que as manifestações da vítima, das testemunhas e, sobretudo, do acusado, são provisórias e sujeitas à ratificação ou retificação em juízo. Ainda sobre este primeiro argumento, surpreende que a comunidade jurídica brasileira censure qualquer atividade probatória na audiência de custódia, em que estão presentes o Ministério Público, a defesa técnica e o juiz, mas admita, com tranquilidade, que a pessoa presa adentre no mérito do caso penal quando é ouvida na lavratura do auto de prisão em flagrante pela autoridade policial, sem o acompanhamento de advogado ou de defensor público. Quanto ao segundo argumento, sequer precisamos aprofundar o debate para abordar a questão relativa à existência e à amplitude do direito à ampla defesa e ao contraditório na investigação preliminar, e isso porque, embora realizada como regra na fase investigativa, a audiência de custódia não pode ser considerada ato ou instrumento de investigação, pois a partir do momento em que o auto de prisão em flagrante é judicializado, a prisão

imediatamente adquire a natureza de ato processual, incidindo normalmente as garantias da ampla defesa e do contraditório²¹.

E finaliza com os seguintes dizeres:

É curioso constatar que a vedação de atividade probatória na audiência de custódia — no que se insere, advirta-se, a autodefesa — tem sido invocada em proteção da pessoa presa, como se fosse necessário protegê-la de si mesma. Temos aqui, portanto, algo que podemos classificar como uma espécie de *paternalismo processual*, um discurso que restringe a liberdade comunicativa do cidadão para criar ou preservar um ambiente em que somente se discute a legalidade e a cautelaridade da prisão. Considero esse pensamento duplamente equivocado. O primeiro equívoco desse pensamento é a pretensão de promover uma separação rigorosa entre cautelar e mérito do caso penal. Isso não existe. O CPP exige prova da existência do crime e indício suficiente de autoria para que a prisão preventiva possa ser decretada (artigo 312, caput). A Lei 7.960/1989 exige fundadas razões, de acordo com as provas, de autoria ou participação do investigado (artigo 1º, II), para que a prisão temporária possa ser decretada. E mais. O CPP estabelece que o juiz deve conceder liberdade provisória, e não converter a prisão em flagrante em prisão preventiva, quando o agente tiver praticado o fato amparado por excludente de ilicitude (artigo 310, parágrafo único), assentando, ainda, que em nenhum caso se admitirá a decretação de prisão preventiva se presente este cenário (artigo 314). Ora, como influenciar o julgador no convencimento sobre essas questões sem entrar no mérito do caso penal? O segundo equívoco desse pensamento é consequência do primeiro: a vedação de atividade probatória na audiência de custódia viola o direito ao confronto, que é uma decorrência da garantia do contraditório. A pessoa presa deve ter total liberdade de comunicação na audiência de custódia para influenciar no convencimento do juiz, dizendo, por exemplo, que agiu em legítima defesa ou que não foi ela quem praticou o crime ou, ainda, admitindo a autoria do fato, agregar uma tese defensiva que possa contribuir para a sua liberação, dizendo, por exemplo, que realmente trazia droga consigo, mas que era para consumo próprio. Enfim, a pessoa presa deve ter o direito de confrontar a “versão oficial” trazida pela polícia na audiência de custódia²².

A fim de explanar os efeitos advindos de uma decisão tomada na audiência de custódia, o CNJ enumera alguns possíveis resultados, a saber: (i) O relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal); (ii) A concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal); (iii) A substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final, e 319 do Código de Processo Penal); (iv) A conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial, do Código de Processo Penal); (v) A análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora para a instituição de práticas restaurativas; (vi)

²¹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-16/audiencia-custodia-deveria-admitir-atividade-probatoria>>. Acesso em: 15 de out. 2017.

²² Loc. cit.

Encaminhamentos de natureza assistencial; (vii) O encaminhamento de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão.

Diante disso, a ata de audiência conterà, de forma resumida, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento da liberdade com ou sem fiança, a substituição da prisão por alternativas penais, inclusive monitoramento eletrônico, e a não judicialização do conflito penal, fazendo-se singela referência ao pedido de cada parte, bem como às providências eventualmente tomadas, no caso de haver a constatação de tortura ou maus-tratos. Em seguida, uma cópia da ata será entregue ao custodiado e às partes, tomando-se a ciência de todos.

Relaxada a prisão em flagrante, deferida a liberdade provisória ou qualquer medida cautelar diversa da prisão, ou mesmo quando deliberado sobre a não judicialização do conflito penal, o custodiado será imediatamente posto em liberdade e informado sobre seus direitos e obrigações, salvo se por outro motivo tenha que continuar preso. Em caso de fiança, cuidará do pronto recolhimento do valor arbitrado. Em caso de cautelar diversa da prisão ou da não judicialização do conflito penal, assumirá o compromisso do cumprimento escorreito da medida imposta ou dos comparecimentos que lhe forem impostos, ainda que de natureza social/assistencial.

Concluída a audiência de custódia, apenas o auto de prisão em flagrante, com antecedentes e cópia da ata da solenidade, com a ciência de todos, seguirá para livre distribuição.

Quanto à estrutura física, terão de ser instaladas salas adaptadas para a realização das audiências de custódia e para receber a secretaria do juizado de custódia ou de garantia, com balcão de atendimento de pessoas e recebimento de documentos. Ainda segundo determinação do CNJ, também deverão ser instaladas salas para acomodação da Central de Alternativas Penais e Central de Monitoramento Eletrônico, Câmaras de Mediação Penal, equipe dos Centros de Atenção Psicossocial e de plantão médico. Além da criação de dependências da carceragem, garantida a separação do autuado em flagrante delito de outros presos com situação jurídica diversa.

Consoante manual elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, é indispensável que o projeto caminhe sob monitoramento permanente e diário, garantindo-se a coleta de dados e a fiscalização dos rumos da empreitada, com a revisão periódica dos seus resultados, fundamental para o ajuste e a correção do seu desenvolvimento. Há que se ponderar, ainda, sobre o impacto da audiência de custódia no que concerne aos índices de não judicialização do conflito penal, condenação e absolvições daí em diante observados, comparando-se os casos submetidos à audiência de custódia, a fim de aprimorar constantemente o projeto.

Em resumo, da delineação procedimental da audiência de custódia é possível concluir que referido mecanismo serve de instrumento de garantia de diversos direitos de matiz processual e constitucional, como o da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CF c/c art. 282, § 3º, CPP) e da presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CF). No que diz respeito especificamente ao contraditório, é de extrema utilidade no momento em que o juiz, tendo contato direto com o detido, poderá decidir qual a medida cautelar diversa mais adequada (art. 319) para atender à necessidade processual (LOPES Jr. & PAIVA, 2014)

2 – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

2.1 Surgimento do Estado de Coisas Inconstitucional

Inicialmente, a fim de alcançar uma melhor compreensão do ECI e sua relação com a audiência de custódia, mostra-se necessário apresentar o seu surgimento no universo jurídico. Examinar o nascedouro do referido instituto revela-se tarefa imprescindível na análise de sua influência na implementação da audiência de custódia no Brasil.

Em 1997, a Corte Constitucional colombiana, mediante a edição da SU – Sentencia de Unificación 559/1997, criou o chamado Estado de Coisas Inconstitucional (“Estado de Cosas Inconstitucional”) – haja vista a conjuntura de violações sistemáticas a direitos fundamentais até então imperante naquele país. Tal decisão dispunha de uma finalidade eminentemente audaciosa, qual seja: possibilitar o desenvolvimento de soluções estruturais para situações de graves e consecutivas inconstitucionalidades realizadas contra populações vulneráveis em face de falhas/omissões do poder público.

O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional se deu pela primeira vez quando 45 professores das cidades de Zambrano e Maria La Baja foram alijados de direitos previdenciários que eram próprios à entidade de classe dos docentes, não sendo cumpridos pelas autoridades daqueles locais. À vista disso, a Corte Constitucional colombiana passou a perquirir o caso e chegou ao desfecho de que havia omissões estruturais e problemas generalizados que, contrariando direitos humanos do qual se enumerava aquele solicitado pelos professores, as omissões do Poder Público não envolviam apenas estes professores específicos, mas sim toda a classe. Após a constatação de tal fato, foi enviado pela Corte cópias da sentença para diversos órgãos vinculados aos Poderes Políticos envolvidos em tal violação massiva de direitos humanos.

Essa primeira decisão com relação ao tema ECI, abrangendo uma demanda de professores que questionaram judicialmente a supressão de alguns benefícios sociais, ainda assim, não transparece a verdadeira grandeza do instituto, visto que, nesse contexto, o ECI foi impulsionado especialmente como um instrumento de maneira a impedir a repetição de demandas individuais acerca da mesma questão. Como existia diversos professores em idêntico

caso dos demandantes, a Corte tendeu por decretar o “estado de cosas” contrário à constituição e impor que fosse estabelecida uma solução uniforme para todos, impedindo assim a propositura de numerosas ações judiciais individuais sobre o mesmo tema.

Invariavelmente, é inegável que tal decisão deu ensejo para a suplantação de um paradigma de proteção jurídica de caráter individual, no qual o Judiciário satisfaz a cada requerente em específico, não podendo ultrapassar os limites do pedido inicial. Com a declaração do ECI, a ordem judicial tem por objetivo solver o problema não somente daqueles indivíduos que ingressaram com a ação, mas de todos os outros afetados. E igualmente: são convocados para o processo não unicamente os órgãos que estão diretamente incluídos no descumprimento dos direitos dos demandantes, mas todos aqueles que sejam capazes de cooperar para buscar a solução absoluta do problema.

Constata-se, então, que sucedeu, na conjuntura colombiana, fundamentos de ordem processual para o desenvolvimento do ECI, dado que sua atribuição originária, ao menos na situação acima mencionada, foi complementar a inexistência de um instrumento jurídico-processual coletivo ou mesmo subjetivo de resguardo dos direitos fundamentais. O propósito era que, ao averiguar a violação generalizada e sistemática de direitos -corroborada pela propositura de diversas ações semelhantes sobre o mesmo tema -, o juiz conseguisse ampliar a proteção judicial para todo o conjunto de indivíduos afetados, conquanto estes não houvessem ingressado com ações individuais, impossibilitando desse modo um sobrepeso do sistema judicial em virtude da multiplicidade de demandas repetitivas.

Nas palavras do Professor e Juiz Federal George Marmelstein Lima:

“Com o desenvolvimento jurisprudencial, o ECI, na Colômbia, deixou de ser um simples mecanismo para dar feição coletiva a uma demanda individual e se transformar em um modelo mais complexo para a superação de situações de graves e sistemáticas violações de direitos fundamentais, por intermédio de uma comunicação institucional, em que diversos órgãos diferentes trabalham juntos para solverem um problema estrutural. Em definições resumidas, ao decretar o Estado de Coisas Inconstitucional, o Judiciário assume a existência de um descumprimento massivo, generalizado e estrutural dos direitos fundamentais em desfavor de um grupo de pessoas vulneráveis e convoca que todos os órgãos responsáveis legitimem medidas eficazes para solver o problema. Nessa perspectiva, o ECI é uma maneira de exprimir que o cenário está tão caótico e fora de comando que é necessário que todos os

envolvidos se encarreguem de um compromisso real de solucionar o problema de forma programada e eficaz”²³.

A respectiva Corte Constitucional colombiana, em seu julgamento, enumerou seis aspectos que são frequentemente levados em consideração para determinar que uma particular situação fática reproduza um estado de coisas inconstitucional: (I) violação massiva e generalizada de diversos direitos constitucionais, apta a atingir um número relevante de pessoas; (II) a distendida omissão das autoridades no desempenho de suas funções para asseverar os direitos; (III) a admissão de práticas inconstitucionais a ocasionar, por exemplo, a imprescindibilidade de sempre ter a tutela judicial para a conquista do direito; (IV) o não acolhimento de normas legislativas, administrativas e orçamentárias indispensáveis para impedir a violação de direitos; (V) a existência de um problema social cuja solução depende da intervenção de várias entidades, da adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e da disponibilização de recursos adicionais consideráveis; (VI) a possibilidade de um congestionamento do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela proteção jurídica.

Após o caso que deu origem ao ECI, a Corte Constitucional Colombiana examinou e julgou a Sentencia de Tutela 153/98 - o Sistema Carcerário, cujos problemas de fundo eram superlotação e privação de direitos. Em uma ação individual ajuizada por um preso que denunciava violações de seus direitos mais básicos, a Corte distendeu o propósito originário da demanda e concluiu que o problema não se limitava ao presídio em que o demandante estava, contudo englobava a totalidade do sistema penitenciário colombiano. A partir disso, foram praticadas diligências aspirando a diagnosticar a situação carcerária do país, tendo sido reconhecida a violação reincidente da dignidade dos presos. Esse foi o ponto de partida para a declaração do ECI e estabelecimento de um diálogo institucional entre todas as entidades envolvidas com o propósito de solucionar o problema e, dessa forma, dar ensejo à evolução jurisprudencial supramencionada.

²³ Disponível em <<https://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci- apenas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/>>. Acesso em 1º de nov. 2017.

2.2 Relação entre Audiência de Custódia e Estado de Coisas Inconstitucional - ADPF 347/2015

No que diz respeito ao Brasil, o Supremo Tribunal Federal apreciou, na sessão plenária do dia 09/09/2015, a Cautelar na ADPF nº 347/DF, impetrada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com pedido de medida liminar, oportunidade na qual se pleiteou o reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” no tocante ao sistema penitenciário brasileiro e a imediata adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

Diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional em relação ao nosso sistema penitenciário, chegou-se à conclusão de que há superlotação e consequente déficit de vagas, que as condições degradantes do sistema prisional configuram um cenário fático incompatível com a Constituição Federal e que está presente a ofensa a diversos princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a presunção de inocência, a vedação de tortura e de tratamento desumano e degradante, o direito de acesso à Justiça e os direitos sociais à saúde, educação, trabalho e segurança dos presos. Em outras palavras, a existência de um quadro de acentuada violação de direitos fundamentais, resultante de brechas estruturais e falência de políticas públicas, cuja alteração necessita de providências abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária preconizadas pela própria ADPF 347²⁴.

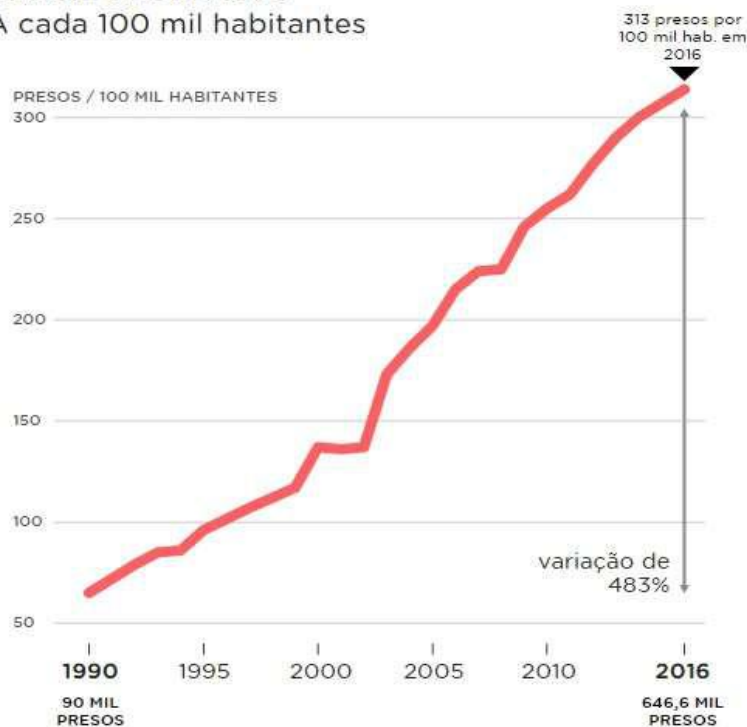
Há fundamento na preocupação com o enorme contingente de presos, uma vez que, de acordo com dados estatísticos disponibilizados pelo Fundo Penitenciário Nacional, o país teve crescimento de 618% de sua população de detentos desde 1990. Além disso, todos os Estados contam com mais gente do que o previsto nas cadeias, estimando-se que o Brasil seja o 4º no mundo que encarcera mais de 150% da capacidade de lotação de seus presídios. Abaixo seguem gráficos sustentando tais referenciais estatísticos. O primeiro demonstra a evolução da população carcerária no Brasil desde 1990 a cada 100 mil habitantes em porcentagem de vagas

²⁴ Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

ocupadas, já o segundo apresenta a lotação dos presídios no Brasil e no mundo, em 2016, em porcentagem de vagas ocupadas:

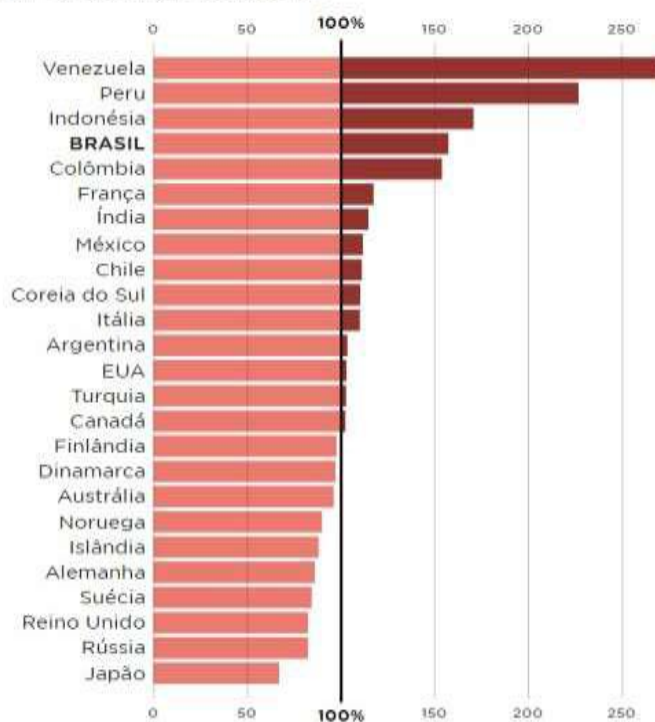
EVOLUÇÃO DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL DESDE 1990

A cada 100 mil habitantes



LOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL E NO MUNDO EM 2016*

Em % de vagas ocupadas



Fácil constatar que, ano após ano, as penitenciárias brasileiras ficam cada vez mais abarrotadas, o que muitas vezes requer vultosos recursos para a sua manutenção, modernização e, sobretudo, crescimento. Nesse sentido, consignou-se na ADPF 347/DF a determinação para que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), de modo a poder utilizá-lo no apoio e financiamento de atividades voltadas ao aprimoramento e desenvolvimento do sistema penitenciário nacional, abstendo-se o ente federal de realizar novos contingenciamentos.

É sabido que o sistema penitenciário do país está entrando em colapso, bem como as medidas de melhoria das instalações prisionais e ressocialização dos presos não têm surtido o efeito esperado. A superlotação dos presídios e seus consecutivos problemas trazem à tona a discussão a respeito das condições degradantes que caracterizam um episódio fático incompatível com a Constituição Federal, ferindo continuamente o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos mais basilares de nossa Carta Magna. Como já ressaltado neste trabalho, referido princípio traz consigo uma certa dificuldade em ser definido, porquanto carregado de subjetividade. Em vista disso, faz-se essencial sua elucidação.

Para Immanuel Kant, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*²⁵: “a dignidade da pessoa humana se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência”. O filósofo prussiano declarou que a dignidade é impagável e, logo, não há nada que a substitua. Ainda sobre a definição de dignidade humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, preceitua em seu art. 1º que todas os seres humanos nascem livres e iguais em *dignidade* e direitos. Na mesma linha de raciocínio incorre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que estabelece no art. 11.1 que toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua *dignidade*.

Para o jurista e magistrado brasileiro Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser definida da seguinte forma:

²⁵ (KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004).

(...) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano (...)²⁶.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e a Constituição Federal de 1988 explicitam a dignidade da pessoa humana como qualidade inerente e distinguidora, direito personalíssimo, inalienável e insubstituível do ser humano, devendo este ser minimamente considerado e respeitado pela sociedade e pelo Poder Público, da mesma forma que o Estado deve propiciar condições mínimas e dignas de sobrevivência a cada pessoa de modo a salvaguardar direitos e deveres do cidadão.

A importância desse princípio é tão notória que os constituintes originários se manifestaram acerca de sua importância logo no art. 1º da Carta Magna, colocando-o como o fundamento de todo o ordenamento jurídico, status de Princípio Fundamental, valor absoluto, norteador de interpretações constitucionais, não podendo ser por isso relativizado. Nesse sentido, colaciona-se o presente julgado:

(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

No que tange ao sistema prisional brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo sistematicamente violado. Como mencionado anteriormente, as condições dos presídios, de uma forma geral, são degradantes e lamentáveis em razão da superlotação. São recorrentes casos de insalubridade, problemas de saneamento, segurança e ausência de higiene.

²⁶ SARLET, Wolfgang Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 22.

Não há condições de ressocialização do apenado, não há assistência médica contínua, há presos que não conseguem usufruir das horas diárias de banho de sol em função da superlotação, a água oferecida aos detentos não é potável e a alimentação é precária. Para Rogério Nascimento, conselheiro do CNJ, em audiência Pública na Câmara Federal, “a superlotação do sistema prisional abriga 660 mil pessoas, mas conta com apenas 401 mil vagas. Deste universo, 243 mil são presos provisórios (sem condenação), 296 mil do regime fechado, 105 mil do semiaberto e cerca de 9 mil do aberto”²⁷.

A audiência de custódia surge, assim, como uma forma de atenuar a crise do sistema prisional hoje reinante no Brasil, na qual há a utilização desmedida e abusiva das prisões provisórias. Nesse contexto, com o propósito de apresentar uma solução para o superencarceramento, o Colegiado do STF deliberou, na ADPF 347/2015, por decisão majoritária, deferir a medida cautelar em relação ao item “b”, qual seja, a audiência de custódia, para “determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, as respectivas audiências, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão”.

Como bem delineado, o superencarceramento viola frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Republicana. Nessa perspectiva, a audiência de custódia se apresenta como um instrumento de respeito a este princípio na medida em que o preso em flagrante delito é julgado no prazo máximo de 24 horas, evitando, de uma só vez, prisões muitas vezes abusivas e desnecessárias, a lotação do sistema penitenciário e a consequente degradação das condições de sobrevivência dentro dos presídios brasileiros. Nessa seara, segue voto do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello na ADPF 347/2015:

O segundo pleito concerne à audiência de custódia, instrumento ao qual o ministro Ricardo Lewandowski, como Presidente do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vem dando atenção especial, buscando torná-lo realidade concreta, no Judiciário, em diferentes unidades federativas e combatendo a cultura do encarceramento. A imposição da realização de audiências de custódia há de ser estendida a todo o Poder

²⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85245-o-sistema-carcerario-e-doente-e-mata-diz-rogerio-nascimento-do-cnj>>. Acesso em: 03 de nov. 2017.

Judiciário do país. A medida está prevista nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, já internalizados no Brasil, o que lhes confere hierarquia legal. A providência conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar – o custo médio mensal individual seria, aproximadamente, de R\$ 2.000,00. A pretensão também merece acolhimento.

E conforme tirocínio do Ministro Luiz Fux:

Nós julgamos aqui não tem duas semanas - e foi, inclusive, de minha relatoria - sobre aquela audiência de custódia. Isso vai resolver uma série de problemas e vai evitar aquelas prisões precipitadas, as prisões arbitrárias que, de alguma maneira, interferem na população carcerária. Mas o fato de existir a norma obrigando o juiz a fazer alguma coisa, e se ele não faz - por isso o estado de coisas é inconstitucional -, nos impõe que, além de ponderação e subsunção, a jurisdição constitucional também tenha um efeito pedagógico. E não há efeito pedagógico melhor do que, num acórdão do Supremo Tribunal Federal, constar textualmente aquilo que os juízes devem fazer e não estão fazendo. Logo, o efeito pedagógico dessa ação de descumprimento de preceito fundamental, no meu modo de ver, é extremamente didático para nós colocarmos as coisas no seu devido lugar. Então, além de acompanhar integralmente o voto do Ministro Marco Aurélio, que diz que os juízes e tribunais que lancem, em caso de determinação ou manutenção de prisão provisória, têm que motivar expressamente por que o fazem. Eles têm que adotar medidas cautelares e dizer por que não aplicam as medidas cautelares, tendo em vista que a não aplicação abarrotou os presídios. Os juízes e tribunais têm que obedecer à questão da audiência de custódia. Já decidimos isso aqui, o que já foi um passo maravilhoso do Supremo Tribunal Federal.

O preso em flagrante, como asseverado na ADPF/347, é encaminhado à delegacia e permanece na condição de preso provisório até ser julgado no prazo máximo de 24 horas. Nesse interregno entre a chegada do preso à delegacia e o seu julgamento, há recorrentes casos de tortura e maus tratos por parte dos policiais, o que, como se sabe, é vedado pela Constituição da República. Para o então Presidente do Conselho Nacional de Justiça, Ministro Ricardo Lewandowsky:

Em um ano de funcionamento, o programa Audiência de Custódia registrou 2,7 mil denúncias de tortura e maus-tratos a pessoas presas em todo o país. De acordo com os relatos feitos por presos apresentados nas audiências de custódia, os episódios que envolvem violência policial teriam ocorrido geralmente entre o momento da prisão e a apresentação do preso a um juiz (2º Fórum Nacional de Alternativas Penais (Fonape)

28.

²⁸ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81646-audiencia-de-custodia-aponta-quase-3-mil-casos-de-tortura-revela-presidente>>. Acesso em: 22 de nov. 2017.

Ao julgar a ADPF nº 347/2015, o Supremo Tribunal Federal assinalou a existência do chamado estado de coisas inconstitucional no Brasil, reconhecendo falhas estruturais, falência de políticas públicas e uma violação massiva e persistente de direitos fundamentais, especialmente em relação ao sistema penitenciário nacional. Assim, em vista de todas as análises explanadas, é possível extrair a noção de imprescindibilidade da audiência de custódia, uma medida alternativa ao encarceramento e que conseqüentemente seleciona de forma mais humana o contingente daqueles que serão afligidos por uma eventual prisão provisória.

3 – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL

3.1 A cultura do encarceramento no Brasil e os desafios para sua superação

Na Antiguidade e boa parte da Idade Média, a supressão da liberdade, apesar de existir e ter papel secundário, não era considerada, ainda, uma sanção penal, cabendo este papel à pena de morte, as penas corporais de açoite e mutilação, o trabalho forçado, além de outros meios de penas infamantes. Assim, antes de ser uma espécie de sanção, a prisão foi destinada a reter o condenado até a efetiva execução de sua punição, a qual era sempre corporal ou infamante (FOUCAULT, 1997, p. 207).

Os métodos punitivos foram se alterando ao longo do tempo, logo as penas físicas foram substituídas por outras de modo a que, ao final, a “prisão-sanção” viesse a assumir papel predominante. Com a tomada de consciência acerca dos ideais humanistas e valorativos, as penas corporais acabaram em segundo plano, havendo maior valorização do encarceramento como pena. De acordo com Michel Foucault (1997, p. 107), o modelo de prisão-pena que inspirou todos os demais foi o *Rasphuis*, Amsterdam, aberto em 1596, forjado na teoria de transformação pedagógica e espiritual dos indivíduos por um exercício contínuo (característica do século XVI), e as técnicas penitenciárias (idealizadas na segunda metade do século XVIII).

A pena deve ser compreendida como uma medida capaz de evitar a prática de novos delitos, funcionando como verdadeiro mecanismo de reeducação do condenado. Sua função não é simplesmente retribuir o mal cometido pelo sujeito, sob o risco de haver o esvaziamento do caráter precipuamente ressocializador da pena. Em outras palavras, a pena não deve amoldar-se a propósitos espúrios, voltados à satisfação da incessante vingança coletiva. Pelo contrário, deve servir de sustentáculo a toda e qualquer atitude destinada a promover a dignidade do ser humano.

Ainda assim, nada obstante o advento da Lei 12.403/11, que criou uma série de medidas cautelares diversas da prisão, o número de prisões provisórias insiste numa trajetória de crescimento exponencial, o que apenas reflete a falência do sistema penitenciário do país. Conforme dados já apontados no presente trabalho, uma das consequências da cultura do encarceramento é a enorme taxa de presos no Brasil, a quarta maior do mundo, atualmente com

654.372, sendo 221.054 deles provisórios, o equivalente a 34% do total. Enquanto os Estados Unidos, a China e a Rússia estão reduzindo as suas respectivas taxas de encarceramento nos últimos anos, o Brasil segue em trajetória diametralmente oposta, aumentando a sua população prisional em torno de 7% ao ano. O ritmo de crescimento desta taxa para mulheres é ainda maior, chegando à ordem de 10,7% ao ano.

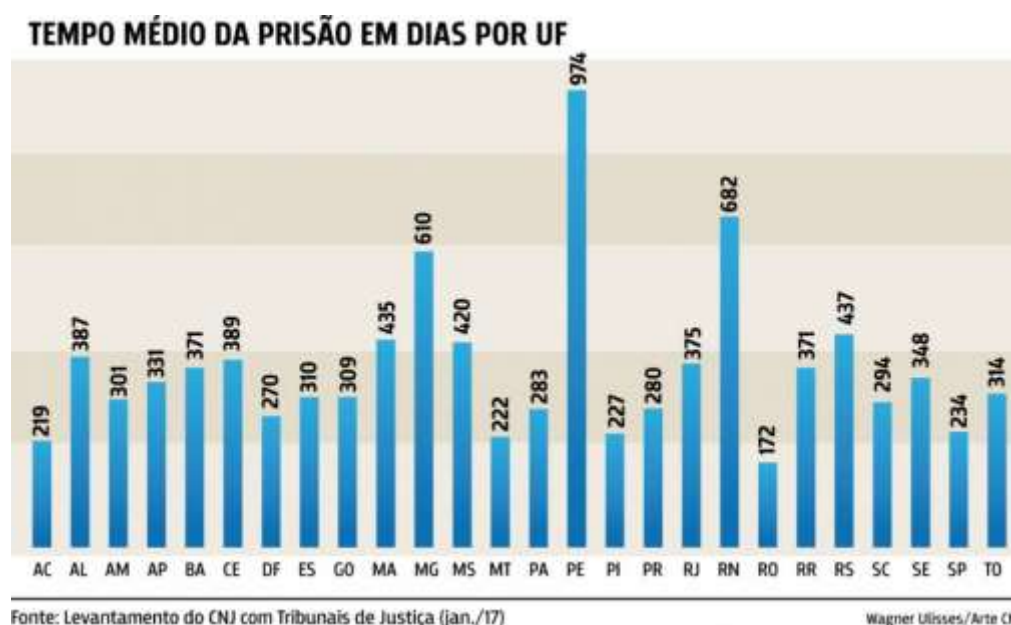
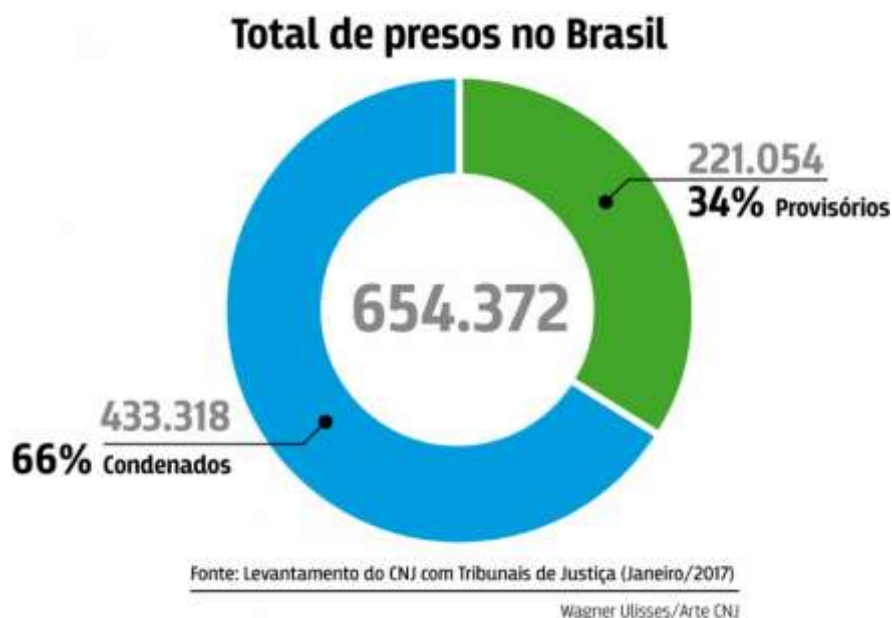
Em relação ao quadro fático-depressivo do sistema penitenciário brasileiro, são recorrentes situações de celas abarrotadas de gente, imundas e escuras, proliferação de doenças infectocontagiosas, alimento estragado, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios frequentes, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos, praticadas tanto por outros detentos quanto por agentes do Estado. Também há ausência de assistência judiciária adequada, bem como de acesso à educação, à saúde e ao trabalho. As instituições prisionais estão dominadas por facções criminosas, sendo comum encontrar, em mutirões carcerários, presos que já cumpriram a pena e poderiam estar soltos há anos.

Numa inversão de valores, a sociedade em geral e os atores jurídicos em especial priorizam a cultura do encarceramento em detrimento de alternativas penais e do respeito aos direitos humanos, aos valores constitucionais e às leis. Pautada numa tradição autoritária, tem-se o quadro desenhado de uma cultura do encarceramento que muito aprisiona e pouco se resolve na prática. Nessa toada, um dos desafios para a sua superação são as audiências de custódia, que possuem como objetivo primeiro a redução das prisões com o julgamento do indivíduo em até 24 horas após o crime em flagrante pela autoridade policial.

3.2 Audiência de custódia como instrumento controlador do uso abusivo das prisões provisórias

No que tange à excessiva quantidade de presos, um fator relevante a ser mencionado é a ausência de legislação específica a tratar sobre a prisão cautelar, razão pela qual o indivíduo poderia, antes da implementação da audiência de custódia, ficar preso por tempo indeterminado. Um completo disparate! A fim de corroborar tal afirmação, seguem dois gráficos nos quais se demonstra, respectivamente, a quantidade de presos provisórios e o tempo

médio da prisão em dias por unidade federativa (dados levantados pelo CNJ com Tribunais de Justiça, 2017):



O significativo percentual de indivíduos encarcerados provisoriamente, de acordo com os dados acima apresentados, permite inferir que essa modalidade de cautelar vem sendo usada de maneira corriqueira e muitas vezes irrefletida pelo nosso sistema penal. A privação cautelar de liberdade, no sistema jurídico brasileiro, deveria ser o último recurso a ser empregado (*ultima ratio*). Até porque intervir na liberdade de um indivíduo caracteriza situação extrema,

motivo pelo qual só se excetuaria em situações graves ou que representassem risco ou dano a algum direito fundamental.

Sem embargo do número elevadíssimo e desproporcional de presos provisórios no país e a demora para serem julgados, é oportuno lembrar que a Constituição da República abriga o princípio da presunção de inocência, o qual, lamentavelmente, não tem sido observado pela maioria dos juízes e tribunais. No sistema processual brasileiro, a regra deveria ser o *status libertatis* (estado de liberdade) e a prisão provisória a exceção, mas não é o que de fato acontece. Os juízes e tribunais prendem provisoriamente com justificativa para a segregação cautelar calcada em fórmulas abstratas e genéricas da garantia da ordem pública ou do perigo abstrato do delito. A decretação da prisão cautelar é, portanto, desvinculada de qualquer preocupação com os princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras do Professor e Advogado Criminalista Leonardo Isaac Yarochevsky:

No que pese toda esta fúria punitiva, o aumento do encarceramento, conforme já dito alhures, não reduz a criminalidade como alguns poderiam imaginar. Não há correlação entre aprisionamento e diminuição dos índices de crimes. Em face do princípio constitucional da presunção de inocência a prisão preventiva, como qualquer outra medida cautelar pessoal, não pode e não deve ter um caráter de satisfatividade, ou seja, não pode se transformar em antecipação da tutela penal ou execução provisória da pena. É lastimoso constatar que a cegueira jurídica contribui sobremaneira para o caos penitenciário. Não resta dúvida, tivessem os juízes mais sensibilidade e se deixassem influenciar menos pela opinião pública (pior das opiniões), certamente poderiam colaborar em muito para a redução deste flagelo prisional. Talvez tenha chegado o momento de responsabilizar os julgadores que confundem o poder discricionário (limitado e vinculado pela própria lei) com a arbitrariedade (fora dos limites da lei ou em ofensa a ela). Ora, se a lei impõe limites e requisitos claros para a decretação da prisão cautelar, inclusive prevendo substituto para a medida de exceção, e mesmo assim o juiz a decreta, não resta dúvida que está cometendo abuso de autoridade, pelo qual deverá ser responsabilizado. Infelizmente, em nome dessa política ou cultura do encarceramento o Brasil passou a ocupar o terceiro lugar no ranking dos países com o maior número de encarcerados. A título de um pretenso e fantasmagórico combate à impunidade, inúmeros juízes atropelam o devido processo legal (contraditório, ampla defesa, etc.) e decretam, atendo aos apelos midiáticos e populistas, prisões sem a devida verificação dos requisitos mínimos e necessários para a medida excepcional e extrema²⁹.

²⁹ Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/02/11/cultura-do-encarceramento-e-presuncao-de-inocencia/>>. Acesso em: 23 de nov. 2017.

A banalização da prisão tornou-se, assim, a tônica do discurso punitivista, o que resulta no desprezo aos direitos e garantias fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico. Nesta quadra histórica, resgatar a efetividade dos tratados internacionais sobre direitos humanos é tarefa inadiável, tendo em vista o recrudescimento, segundo Salo de Carvalho³⁰, de macropolíticas punitivistas (populismo punitivo), dos movimentos políticos-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo sistêmico).

O efeito nefasto disso tudo não poderia ser outro senão a superlotação do cárcere, que vem acompanhada de sistemática violação a direitos elementares, da dificuldade ou mesmo inércia do Poder Público no combate às atrocidades vivenciadas nos presídios brasileiros. Não se pode olvidar o fato de que a pena tem função marcadamente educadora e ressocializadora e, quando temos uma situação degradante em um ambiente que deveria ser destinado a educar e reinserir o apenado na sociedade, ocorre o efeito contrário, ou seja, gera-se mais insatisfação, revolta e sentimento de abandono. Portanto, há pessoas que saem com um índice de periculosidade ainda maior do que quando entraram nas masmorras do século XXI.

Diante desse cenário de colapso, a audiência de custódia constitui um poderoso instrumento de combate ao encarceramento em massa. Para se ter uma ideia, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça³¹, anunciados no mês de junho de 2017, já foram realizadas 258.485 audiências de custódia, das quais 115.497 resultaram em liberdade (44,68%), 142.988 (55,32%) em prisão preventiva, 12.665 (4,90%) casos de alegação de violência no ato da prisão e 27.669 (10,70%) casos em que houve encaminhamento social/assistencial.

No Estado do Rio de Janeiro, especificamente, de acordo com o TJRJ foram realizadas 8.559 audiências de custódia, no período compreendido entre 18/09/2015 e 30/06/2017, resultando na liberdade de 3.643 (42,56%) e na prisão provisória de 4.916 (57,44%), com 111

³⁰ CARVALHO, Salo. O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

³¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>> Acesso em: 23 de nov. 2017

(1%) de alegação de violência no ato da prisão em flagrante e 3.068 (35,85%) de encaminhamento para o serviço social.

Grande parcela da população carcerária é composta por homens, jovens e negros, sendo eles, por óbvio, os mais submetidos à audiência de custódia, sobretudo por envolvimento nos crimes de roubo, tráfico de drogas e furto. O roubo é o delito que causa o maior número de detenções (22,1%). Tráfico vem como segundo delito que mais leva as prisões em flagrante (16,9%), seguido de furto (14%) e receptação (11%)³². Logicamente, tais números não são iguais em todas as unidades federativas, embora seja uma tendência.

Das pessoas que passaram por audiência de custódia, 65% foram identificadas pelas pesquisadoras como sendo negras. A pesquisa aponta para um possível tratamento judicial mais duro para os acusados negros, já que, entre as pessoas brancas detidas e conduzidas à audiência de custódia 49,4% permaneceram presas e 41% receberam liberdade provisória com cautelar e, entre as pessoas negras, 55,5% tiveram a prisão mantida e 35,2% receberam liberdade provisória com cautelar. Para os pesquisadores do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ser negro é uma condição que favorece a manutenção da prisão provisória. Em relação à idade das pessoas presas em flagrante, 25% têm menos de 20 anos e mais da metade têm até 25 anos. A concentração de jovens é ainda maior entre as pessoas negras.

Pessoas detidas apresentadas à audiência de custódia por cor/raça

Cor/raça	Frequência	%
Branca	312	32,7%
Negra	623	65,2%
Indígena	4	0,4%
Amarelo	2	0,2%
Não identificado	14	1,5%
Total	955	100%

Fonte: Fórum Brasileiro de Segurança Pública

³² Dados obtidos da pesquisa “Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra”, feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública a pedido do CNJ (2017). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85593-audiencias-de-custodia-maioria-sao-jovens>>. Acesso em 23 de nov. 2017.

De acordo com informações disponibilizadas pela pesquisa, entre os casos analisados, 81% das pessoas estavam algemadas durante as audiências de custódia, contrariando a Resolução CNJ n. 213, de 2015, que dispõe sobre o funcionamento das audiências de custódia. Constatou-se que, mesmo em casos onde os presos não aparentavam periculosidade, tampouco risco de fuga, as algemas foram mantidas.

Em 86,2% dos casos foi observada a presença de policiais civis ou militares dentro das salas de audiência. Para os pesquisadores, foi possível notar que o ambiente se torna, por vezes, hostil à denúncia de violência policial, por conta da presença desses agentes.

Das pessoas detidas, 21,6% declararam ter sofrido algum tipo de violência e/ou maus-tratos no momento da prisão. Entre estas, 71,4% atribuíram a policiais militares o cometimento de violências. 11,2% menciona a Polícia Civil como agente perpetradora de violência, quase o mesmo número de pessoas que relata violências sofridas por populares durante a prisão, o que poderia ser caracterizado como linchamento.

Para os pesquisadores, é preocupante o fato de que para 304 pessoas presas (31,8%) em flagrante não tenham sido feito a elas nenhuma pergunta sobre violência e/ou maus tratos no momento da prisão. Conforme as conclusões da pesquisa, “a frequência de denúncias atribuindo a violência à PM poderia ser maior se a audiência de custódia estivesse constituída como um espaço de escuta e acolhimento desse tipo de relato – o que não acontece na prática, seja por causa da dinâmica célere dos atos, seja por causa da ocupação ostensiva de todos os espaços e movimentos da audiência de custódia por agentes da PM”.

Prossegue a pesquisa no sentido de que, para 26% das pessoas presas em flagrante, não foi informada a finalidade da audiência de custódia e para quase metade (49,9%) não foi explicado o direito de permanecer em silêncio.

Da mesma forma, para 49,7% dos presos apresentados em audiência não foi explicado o crime que motivou a prisão. De acordo com o levantamento, o dado se torna mais problemático, em termos de garantia de direitos, quando se observa que para 74,6% dos presos apenas foi feita a menção ao crime, sem uma explicação sobre seu significado ou o fundamento da acusação.

Não se pode desconsiderar que existe uma dificuldade para a maior parte das pessoas presas na compreensão da linguagem usualmente acionada pelos operadores do direito. De acordo com os pesquisadores, não foram poucas as vezes em que houve falta de entendimento dos presos em relação ao que foi discutido na audiência, incluindo seu resultado.

A Resolução CNJ n. 213/2015 orienta que não sejam feitas perguntas ao preso, por nenhum dos operadores, relativas ao mérito dos fatos que culminaram na prisão. Mas em 25% dos casos o mérito dos fatos foi, ao menos, questionado pelo magistrado em audiência.

Em vista do descumprimento a diversas regras da audiência de custódia, a pesquisa capitaneada pelo CNJ aponta algumas sugestões de melhorias, a saber: (i) melhoria da integração da justiça criminal com a rede de atendimento social e assistência a usuários de drogas, assim como o maior controle do Poder Executivo estadual sobre os casos de violência policial; (ii) adoção de regulamentação para que a prisão domiciliar possa ser decretada de imediato, com um prazo para oferecimento posterior da comprovação necessária, para presas gestantes ou com filhos até 12 anos; (iii) melhor capacitação da equipe de peritos do Instituto Médico Legal (IML), especialmente para a adoção de protocolos de atuação em casos de violência de Estado; (iv) necessidade de mudança na legislação para suprimir o instituto da fiança na apreciação da liberdade provisória, considerando o perfil majoritário dos réus ser de pessoas pobres, que não têm condições financeiras de arcar com o custo da fiança; (v) intérpretes para audiências com estrangeiros; (vi) implementação das audiências de custódia na justiça juvenil.

Ou seja, diante de tal quadro de sobrecarga de presos provisórios no sistema carcerário e de inúmeras violações às regras atinentes à própria audiência de custódia, mostra-se necessária uma reformulação, ou ao menos reflexão, dos métodos de aplicação do instituto, a fim de que possa lograr maior êxito. A audiência de custódia foi implementada para, entre outros motivos, controlar o uso abusivo das prisões cautelares e garantir os direitos da pessoa presa em flagrante, não para deixá-la em uma situação em há repetidas ofensas à sua dignidade e personalidade.

- CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar os principais pontos relacionados à audiência de custódia, destacando sua definição, normatização e objetivos. Para tanto, traçou uma relação entre a audiência de custódia e o chamado estado de coisas inconstitucional (ADPF 347/2015), oportunidade na qual foi possível explicar e apresentar o desenvolvimento do projeto no ordenamento jurídico brasileiro. A análise foi pautada sob a ótica da cultura do encarceramento arraigada no Brasil e a necessidade de sua superação, tendo na audiência de custódia um instrumento capaz de atenuar a crise do sistema carcerário, cujo estado de colapso e decadência já se mostra patente e axiomático.

Nesse diapasão, colaciona Paiva:

O atual cenário do encarceramento no Brasil inibe qualquer perspectiva otimista a seu respeito. Prendemos cada vez mais. O país transita – artificialmente – entre rebeliões e mutirões: as rebeliões para demonstrar que o sistema penitenciário não funciona, os mutirões para ocultar que o Poder Judiciário (também) não funciona como deveria funcionar. Nesta encruzilhada perigosa, que alimenta um sistema autofágico de violação dos direitos humanos, a audiência de custódia surge, não como uma solução para todos os problemas do encarceramento, e sim como a tentativa, mais ambiciosa de freá-lo (PAIVA, 2015).

Assim, a iniciativa coordenada pelo CNJ é muito relevante e alinha-se à necessária observância das convenções internacionais, porquanto, em diversos precedentes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem destacado o fato de que o controle judicial imediato — que proporciona a audiência de custódia — é um meio idôneo para evitar prisões arbitrárias e ilegais, pois corresponde ao julgador “garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção quando seja estritamente necessária, e procurar, em geral, que se trate o cidadão de maneira coerente com a presunção de inocência” (Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Sentença de 24.06.2005).

Nos termos do decidido pela Corte Interamericana, a mera comunicação da prisão ao juiz é insuficiente, na medida em que “o simples conhecimento por parte de um juiz de que uma pessoa está detida não satisfaz essa garantia, já que o detido deve comparecer pessoalmente e render sua declaração ante ao juiz ou autoridade competente”. Nessa linha, o artigo 306 do Código do Processo Penal, que estabelece apenas a imediata comunicação ao juiz de que alguém foi detido, bem como a posterior remessa do auto de prisão em flagrante

para homologação ou relaxamento, não é suficiente para dar conta do nível de exigência estabelecido nas convenções internacionais.

De acordo com pesquisa realizada pela Harvard Law School³³, a iniciativa do CNJ foi um “passo louvável e importante na direção de um sistema de Justiça criminal melhor e mais compatível com os direitos humanos”. Segundo o estudo, o procedimento é importante porque “a existência de uma pronta apresentação pessoal a uma autoridade judicial após a prisão é central à equidade básica e integridade de qualquer sistema de Justiça criminal”. A pesquisa ainda aponta as vantagens do método para evitar casos de violência estatal durante e logo após a prisão e defende que as audiências de custódia sejam estendidas a todos os casos de prisão, e não apenas aos casos em flagrante, conforme já definido pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, tem-se o ponto crucial da audiência de custódia: o contato pessoal do juiz com o detido humaniza o ritual judiciário e cria condições de uma análise mais razoável acerca do *periculum libertatis*, bem como da suficiência e adequação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal. Dessa forma, a audiência de custódia representa um grande marco no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro e humanização do sistema jurídico-penal, tendo a referida audiência o condão de inibir a prática de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante.

As vantagens da audiência de custódia são inúmeras, ainda mais no cenário de iniquidades que sempre caracterizou o sistema de justiça criminal brasileiro. É medida que visa a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade de detenções, verificar a integridade física do preso, ouvi-lo se assim o desejar, além de oferecer suporte para melhor aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Não é pouco, definitivamente. Retrocesso é não reconhecer o lugar da audiência de custódia no seio do Poder Judiciário, que carrega consigo a missão precípua de garantir direitos.

³³ International Human Rights Clinic, Harvard Law School, October 20, 2015 - Brazil's Custody Hearings Project in Context: The Right to Prompt in-Person Judicial Review of Arrest Across OAS Member States.

A audiência de custódia, em suma, propugnará pelo respeito a um sistema processual penal que garanta, em matéria de prisão cautelar, a acusatoriedade, a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, o primado da liberdade em face do caráter excepcional da prisão cautelar, em uma estrita observância à Constituição da República e aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.

- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 de nov. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2017.

CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CASARA, Rubens R R. **Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Audiência de Custódia: Resultados preliminares e percepções teórico-práticas**, 28. Disponível em: https://www.academia.edu/18010764/Audiência_de_Custódia_Resultados_preliminares_e_percepções_teorico-práticas Acessado no dia 24/7/2017. Acesso em: 22 de nov. 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose da Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 15 out. 2017.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. São Paulo: Saraiva. 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004).

LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Audiência de custódia e a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil**. Lexmax - revista do advogado, v. 3, n. 3, 2015.

LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal**. Revista Liberdades, Nº 17, dez/2014, IBCCRIM. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/209-Artigos. Acesso em 08 nov. 2017.

LOPES JR., Aury. ROSA, Alexandre Morais da. **Processo Penal no Limite**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NOBRE, Deison de Souza. **Estudo sobre a audiência de custódia: previsão normativa, funções e consequências para a efetivação de um juízo de garantias na persecução penal**. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/estudo-sobre-a-audiencia-de-custodiaprevisao-normativa-funcoes-e-consequencias-para-a-efetivacao-de-um-juizo-de-garantias-napersecucao-penal-por-deison-de-souza-nobre>. Acesso em 27 out. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 9 ed. São Paulo: RT, 2012.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudhdireitos-civis.html>. Acesso em: 25 out. 2017.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro**. 1 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Combate à tortura nos 25 anos da Constituição de 1988**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coord.). Direitos Fundamentais e jurisdição constitucional: análise, crítica e contribuições. São Paulo: RT, 2014, p. 204-205

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

WEIS, Carlos; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A obrigatoriedade da apresentação imediata da pessoa presa ao juiz**. In: Revista dos Tribunais, vol. 921/2012, p. 331-355, 2012, acesso eletrônico).

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo et al. **Direito Penal Brasileiro – I**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.